

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Droit communautaire de la concurrence et commerce électronique

Jacquemin, Hervé

*Published in:*

Revue Européenne de Droit de la Consommation

*Publication date:*

2003

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Jacquemin, H 2003, 'Droit communautaire de la concurrence et commerce électronique', *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, Numéro 1, p. 28-56.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Droit communautaire de la concurrence et commerce électronique

Hervé JACQUEMIN<sup>1</sup>

## INTRODUCTION

1. Le commerce électronique ne cesse de se développer et, en dépit du manque de confiance – parfois justifié – des internautes à son égard, il s'impose de plus en plus dans les échanges commerciaux. Ce nouveau mode de contracter, qui se traduit notamment par la création de plates-formes de commerce électronique ou la révision des accords de distribution, n'échappe pas aux règles communautaires de la concurrence. Tout au plus faut-il, dans certains cas, les interpréter sous un jour nouveau, pour prendre en compte les spécificités des échanges via les réseaux<sup>2</sup>.

2. Il ne saurait être question de brosser ici un aperçu global du droit communautaire de la concurrence; nous nous contenterons de reprendre les aspects du régime qui présentent quelque singularité. La première partie aborde les problèmes liés à l'application des règles communautaires de la concurrence au commerce électronique (I) et envisage le champ d'application des articles 81 et 82 du Traité CE, d'une part (A), la définition du marché pertinent (*relevant market*) d'autre part (B). La deuxième partie est consacrée aux plates-formes de commerce électronique et à leur conformité au droit communautaire (II). Enfin, les accords de distribution sélective et exclusive font l'objet de quelques développements, dès lors qu'il s'accommodent parfois difficilement de l'utilisation de l'internet (II).

Dès qu'il est question de technologies de l'information et de la communication au sens large, d'autres comportements peuvent se révéler anticoncurrentiels et justifier l'application des règles communautaires ou nationales pertinentes : on songe notamment aux affaires en matière de logiciel (l'affaire *Microsoft* par exemple),

de propriété intellectuelle (dans l'attribution des noms de domaine), de télécommunication (relativement à l'infrastructure du réseau internet, comme dans l'affaire *WorldCom/MCI*), etc. Si ces thèmes ne sont pas abordés ici<sup>3</sup>, qu'il nous soit néanmoins permis de nous en inspirer dans la suite.

## I. PROBLÈMES LIÉS À L'APPLICATION DES RÈGLES COMMUNAUTAIRES DE LA CONCURRENCE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

3. Si l'application du droit communautaire de la concurrence à l'internet et au commerce électronique semble acquise<sup>4</sup>, des problèmes spécifiques peuvent néanmoins se poser, dans l'appréciation du champ d'application du régime et dans la définition du marché pertinent.

### A. Domaine d'application du régime communautaire de la concurrence

4. Avant d'envisager le régime des articles 81 et 82 du Traité CE, il convient de déterminer si ces règles sont applicables à la situation en cause.

<sup>3</sup> Voy., entre autres, S. JANISCH, «Business Opportunities on the Internet : Is European Community Competition Law the Limit?», *E.C.L.R.*, 2003, pp. 33 et s.; C. STEYAERT, «Droit de la concurrence», *Droit de l'informatique et des technologies de l'information – Chronique de jurisprudence 1995-2001, Dossiers du J.T.*, n° 41, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 91 et s.; B. URRUTIA, «Internet and its effects on competition», Barcelone, 10 juillet 2000, [www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000\\_011\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000_011_en.pdf), pp. 2 et s.; M. MONTI, «Barriers in Cyberspace», Bruxelles, conférence du 18 septembre 2000, SPEECH/00/315, [http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guestfr.ksh?p\\_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/00/3150IAGED&lg=EN&display=](http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guestfr.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/00/3150IAGED&lg=EN&display=;); H. UNGERER, «The regulatory Challenges in the emerging Competition in the EU», Budapest, 5 juillet 1999, [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1999\\_016\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1999_016_en.html); N. NIKOLANIKOS, «The Importance of Maintaining Competition in the Internal Market : the WorldCom/MCI case», *E.C.L.R.*, 2000, p. 393; C. VELJANOVSKI, «Internet vs MCI WorldCom Merger - The Misuse of Network Effects Again», *Revue internationale de la concurrence*, 1999, n° 188, p. 15; C. ERKELENS, «Internet : mededingingsrechtelijke aspecten», in K. BYTTEBIER, R. FELTKAMP, E. JANSSENS (Eds.), *Internet & Recht*, Anvers, Maklu, 2001, pp. 457-475; C. VAJDA et A. GAHNSTRÖM, «E.C. Competition Law and the Internet», *E.C.L.R.*, 2000, pp. 98 et s.; B. DOHERTY, «Competition Law and Sector Specific Regulation», *C.T.L.R.*, 2001, p. 225. Voy. aussi Commission européenne, *Politique de concurrence de l'Union européenne*, XXXII<sup>e</sup> rapport, 2002, p. 47, spéc. n°s 194-196, et XXX<sup>e</sup> rapport, 2000, pp. 69 et s.

<sup>4</sup> V. TACK, «Commerce électronique et droit de la concurrence», *J.T.D.E.*, 2001, p. 2, spéc. note 4; T. HOEREN, «International Report and Draft Code of Conduct for Online Marketing», *Revue internationale de la concurrence*, 2000, n° 192, p. 26; M.-C. BOUTARD LABARDE, «Internet et droit de la concurrence», in X. LINANT DE BELLEFONDS (dir.), *Internet saisi par le droit*, Paris, Ed. des Parques, 1997, pp. 96 et s.

<sup>1</sup> Aspirant F.N.R.S., Centre de Recherches Informatique et Droit, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur (Belgique).

<sup>2</sup> Voy. à cet égard B. URRUTIA, «Internet and its effects on competition», Barcelone, 10 juillet 2000, [www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000\\_011\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000_011_en.pdf), p. 13, qui estime que «[...] competition rules apply, in the same manner they apply in almost all economic sectors, and with the same purposes they have been always applied. Maybe Internet based markets are different and challenge some of the traditional notions used for the purpose of enforcement competition rules».

5. La définition du champ d'application *matériel* du régime de la concurrence ne présente pas de singularité dans le cadre du commerce électronique : les critères de la nature du bien et de l'auteur du comportement sont satisfaits dans les transactions conclues à travers le réseau<sup>5</sup>.

6. Les articles 81 et 82 du Traité ne s'appliquent qu'aux comportements susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres<sup>6</sup>.

Cette notion d'*affectation* s'entend, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, comme «la probabilité qu'un comportement puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échange entre Etats membres, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le Traité»<sup>7</sup>. Si le comportement de l'entreprise de commerce électronique affecte le marché de façon insignifiante<sup>8</sup>, les mesures communautaires ne s'appliquent pas<sup>9</sup>. Par ailleurs, dès lors que les services ou produits fournis dans le cadre du commerce électronique ont souvent vocation à traverser les frontières, il n'est pas douteux que les pratiques des acteurs intervenant sur le réseau affectent le commerce *entre les Etats mem-*

*bres*<sup>10</sup>. Si d'aventure cette condition n'est pas remplie, encore faut-il vérifier la conformité de la pratique litigieuse avec les règles nationales de la concurrence<sup>11</sup>.

Avec l'internet et le commerce électronique, les échanges présentent un caractère international qui *ne se limite pas aux frontières de la Communauté*. Il n'est pas rare qu'au travers du réseau internet, une entreprise américaine vende ses produits en Espagne ou que des consommateurs canadiens reçoivent les services d'une entreprise française. Pour circonscrire le champ d'application dans l'espace des règles communautaires de la concurrence, on considère qu'elles «obéissent à un facteur d'applicabilité de type territorial, à savoir la localisation de certains éléments constitutifs du comportement incriminé sur le territoire d'un Etat membre»<sup>12</sup>. On préfère donc se fonder sur la localisation de l'effet plutôt que sur celui de l'acte, qui renverrait au lieu d'établissement principal de l'entreprise concernée<sup>13</sup>. En d'autres termes, les articles 81 et 82 du Traité CE s'appliquent à des entreprises établies dans des Etats tiers mais dont le comportement, à travers le commerce électronique, affecte le commerce au sein des Etats membres<sup>14</sup>.

En pratique, de nombreux problèmes peuvent être résolus par la conclusion d'accords de coopération<sup>15</sup>. A cet égard, on constate ces dernières années un renforcement de la collaboration entre les Etats-Unis et les autorités européen-

<sup>5</sup> Les biens qui font l'objet d'une entente (article 81 du Traité CE) ou d'un abus de position dominante (article 82 du Traité CE) peuvent être des produits ou des services. Ils peuvent aussi être de nature immatérielle : le régime communautaire s'applique en matière de propriété intellectuelle (C.J.C.E., aff. 6/72 du 21 février 1973, *Continental Can, Rec.*, I, 1973, p. 215; C.J.C.E., aff. 102/77 du 23 mai 1978, *Hoffman-La Roche, Rec.*, I, 1978, p. 1139; C.J.C.E., aff. 238/87 du 5 octobre 1988, *Volvo, Rec.*, I, 1988, p. 6211). Quant à l'auteur du comportement anticoncurrentiel, il doit s'agir d'une entreprise ou d'une association d'entreprises, poursuivant un but ou exerçant une activité économique. Il ne doit toutefois pas participer à l'exercice de la puissance publique (C.J.C.E., aff. C-364/92 du 19 janvier 1994, *Eurocontrol*).

<sup>6</sup> Sur ce thème, voy. notam. C. BELLAMY et G. CHILD, *European Community Law of Competition*, Londres, Sweet & Maxwell, 5<sup>e</sup> éd., 2001, pp. 117 et s., nos 2-128 et s.

<sup>7</sup> M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 278, citant C.J.C.E., aff. 56/65, 30 juin 1966, *LTM, Rec.*, I, 1966, p. 337; C.J.C.E., aff. 56/64 e.a., 13 juillet 1966, *Grundig, Rec.*, I, 1966, p. 429; C.J.C.E., aff. 247/86, 5 octobre 1988, *ALSATEL, Rec.*, I, 1988, p. 5987.

<sup>8</sup> C.J.C.E., aff. 5/69 du 9 juillet 1969, *Völk, Rec.*, I, 1969, p. 295; C.J.C.E., aff. C-475/99 du 25 octobre 2001, *Glöckner, Rec.*, I, 2001, p. 8089.

<sup>9</sup> Dans sa communication concernant les accords de *minimis* (communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, §1<sup>er</sup>, du Traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), J.O.C.E., n° C 368, 22 décembre 2001, p. 13), la Commission considère que, selon que l'accord est passé entre des entreprises concurrentes – existantes ou potentielles – ou non, la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord doit dépasser 10 ou 15 % pour estimer qu'il y a un effet sensible sur la concurrence (sur ce point, en matière de distribution sélective, voy. C. COLLARD et C. ROQUILLY, «Closed Distribution Networks and E-Commerce: Antitrust issues», *International Review of Law, Computers and Technology*, 2002, p. 88).

<sup>10</sup> M.-C. BOUTARD LABARDE, «Internet et droit de la concurrence», *op. cit.*, pp. 98-99. Cela étant, dans certaines conditions, les règles s'appliquent aussi à des situations purement internes : le droit communautaire de la concurrence s'applique à une entente ou un abus de position dominante limitée au territoire d'un seul Etat dès lors qu'«une partie substantielle du marché commun peut être identifiée dans le territoire» de cet Etat (C.J.C.E., aff. 42/84 du 11 juillet 1985, *Remia, Rec.*, I, 1985, p. 2545; C.J.C.E., aff. C-18/88 du 13 décembre 1991, *GB-Inno-BM, Rec.*, I, 1991, p. 5941; C. BELLAMY et G. CHILD, *op. cit.*, n° 2-136).

<sup>11</sup> Cette question dépasse le cadre de cette étude, de même que les rapports entre les droits nationaux et les règles communautaires de la concurrence.

<sup>12</sup> M. FALLON, *op. cit.*, p. 282; C.J.C.E., aff. 22/71 du 25 novembre 1971, *Beguelin, Rec.*, I, 1971, p. 949; C.J.C.E., aff. 89/85 e.a. du 27 septembre 1988, «Pâtes de bois», *Rec.*, I, 1988, p. 5193. Voy. aussi C. BELLAMY et G. CHILD, *op. cit.*, nos 2-154 et s.

<sup>13</sup> Pour une appréciation critique de la théorie de l'effet, voy. notam. M. WAELEBROECK et A. FRIGNANI, *Commentaire J. Megret – Concurrence*, Bruxelles, éd. de l'U.L.B., 1997, pp. 89 et s.; C. BELLAMY et G. CHILD, *op. cit.*, nos 2-156 et s.

<sup>14</sup> M.-C. BOUTARD LABARDE, «Internet et droit de la concurrence», *op. cit.*, pp. 97-98; S. JANISCH, «Business Opportunities on the Internet: Is European Community Competition Law the Limit?», *E.C.L.R.*, 2003, pp. 32-33; C. ERKELENS, «Internet: mededingingsrechterlijke aspecten», *op. cit.*, p. 473, n° 64; C. VAJDA et A. GAHNSTRÖM, «E.C. Competition Law and the Internet», *E.C.L.R.*, 2000, p. 96. Inversement, si le comportement d'une entreprise établie à l'intérieur du marché commun ne produit des effets que dans des Etats tiers, les règles communautaires de concurrence ne s'appliquent pas.

<sup>15</sup> C. BELLAMY et G. CHILD, *op. cit.*, nos 2-162 et s.

nes<sup>16</sup>, spécialement pour des opérations de concentration ayant des effets de part et d'autre de l'Atlantique<sup>17</sup>.

### B. Définition du marché pertinent

7. Qu'il s'agisse d'entente, d'abus de position dominante ou de concentration, il est capital de définir le marché pertinent pour apprécier si le comportement en cause est anticoncurrentiel au sens du droit communautaire. Avant d'étudier la définition du marché dans le cadre de l'internet, il n'est pas inutile, pour percevoir l'importance de la notion, de rappeler brièvement le contexte dans lequel elle s'inscrit, notamment en matière d'ententes, d'abus de position dominante ou de concentration. Il faut également préciser que la définition du marché n'y joue pas exactement le même rôle<sup>18</sup>.

#### 1. Définition du marché pertinent dans les ententes, abus de position dominante et concentrations

8. Conformément à l'article 81 du Traité CE, les *ententes* sont interdites et sanctionnées de nullité. Trois conditions sont requises : un accord de volonté entre entreprises<sup>19</sup>, une atteinte portée à la concurrence et un lien de causalité (imputabilité de l'entrave). Nous n'étudierons que la deuxième condition : l'atteinte à la concurrence. Il convient en effet de l'apprécier dans le marché concerné par le comportement, défini dans une perspective économique et géographique.

Il est néanmoins possible d'échapper à cette interdiction<sup>20</sup>, sur la base d'une décision individuelle de la Commission ou conformément à un règlement d'exemption par catégorie. Dans la suite, nous nous intéresserons tout particulièrement au

règlement n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, § 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées<sup>21</sup>. A ce stade, on peut déjà relever qu'en vertu de l'article 3 de ce règlement, l'exemption prévue à l'article 2<sup>22</sup> ne s'applique que si « la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou les services »<sup>23</sup>. Une fois encore, il importe de définir le marché pertinent.

9. L'article 82 du Traité prohibe l'abus de position dominante. Ce pouvoir d'influence de l'entreprise s'apprécie par rapport à un marché déterminé, défini par référence à un produit ou à un service et sur une zone bien précise<sup>24</sup>.

10. Le contrôle communautaire des concentrations est régi par le règlement 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989<sup>25</sup>. En vertu de l'article 3 du règlement, une opération de concentration est réalisée « a) lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent, ou b) lorsqu'une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, ou une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises ». L'article 3, § 2, ajoute que « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, constitue une opération de concentration au sens du § 1<sup>er</sup>, b) ». Nous nous limiterons dans ce cadre aux concentrations d'envergure communautaire, en d'autres termes celles qui entrent dans le champ d'application du règlement (voy. sur ce point l'article 1<sup>er</sup> du règlement). Ici aussi se pose la question de la détermination du marché concerné<sup>26</sup>.

<sup>16</sup> Sur ces accords, voy. *J.O.C.E.*, 1995, n° L 95, p. 47 et *J.O.C.E.*, 1998, n° L 173, p. 28.

<sup>17</sup> Cette collaboration est parfaitement illustrée dans l'affaire *WorldCom/MCI* (aff. IV/M. 1069, 8 juillet 1998 *J.O.C.E.*, L 116, 4 mai 1999, p. 1). Voy. aussi C. VAJDA et A. GAHNSTRÖM, « E.C. Competition Law and the Internet », *E.C.L.R.*, 2000, p. 96; S. JANISCH, *op. cit.*, pp. 33-34.

<sup>18</sup> M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 187. Voy. aussi, R. WHISH, *Competition Law*, 4<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 2001, pp. 24 et s.

<sup>19</sup> Sont visés les « accords », « décisions d'association » et « pratiques concertées », quelle que soit la nature de l'acte.

<sup>20</sup> L'article 81, § 2, énumère quatre conditions (deux positives et deux négatives) en vertu desquelles l'interdiction est déclarée inapplicable : améliorer la production ou la distribution des produits ou promouvoir le progrès technique ou économique; réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte; ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et ne pas donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

<sup>21</sup> *J.O.C.E.*, L 336 du 29 décembre 1999, p. 21.

<sup>22</sup> En vertu de cette disposition, l'article 81, § 1<sup>er</sup>, est déclaré inapplicable aux accords verticaux.

<sup>23</sup> Dans ce cas, on ne présume pas que les accords sont illégaux mais ils doivent faire l'objet d'un examen individuel et il appartient à la Commission d'apporter la preuve de l'infraction aux dispositions de l'article 81, § 1<sup>er</sup>.

<sup>24</sup> M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *op. cit.*, pp. 253 et s.; M. FALLON, *op. cit.*, pp. 307 et s.; C.J.C.E., aff. 27/76 du 14 février 1978, *United Brands, Rec.*, I, 1978, p. 207.

<sup>25</sup> *J.O.C.E.*, n° L 395 du 30 décembre 1989, modifié par le règlement 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997, *J.O.C.E.*, n° L 180 du 9 juillet 1997; voy. la proposition de règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« Le règlement CE sur les concentrations ») COM (2002) 711 final, 11 décembre 2002.

<sup>26</sup> Voy. C. BELLAMY et G. CHILD, *op. cit.*, nos 6-093 et s.

11. On constate qu'en matière de concurrence, la définition du marché pertinent est extrêmement importante : elle permet en effet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises. Pour reprendre les termes de la Commission, «la définition d'un marché, au niveau tant des produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective»<sup>27</sup>.

On distingue le marché de produits et le marché géographique. Le premier «comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés»; quant au second, il s'entend du «territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable»<sup>28</sup>.

## 2. Définition du marché pertinent dans le cadre de l'internet

12. Avec le développement du commerce électronique, de nombreux biens et services jusqu'alors proposés dans le cadre des marchés de distribution traditionnels sont désormais disponibles en ligne – parfois même exclusivement<sup>29</sup>. La question à trancher est dès lors la suivante : l'internet constitue-t-il un marché pertinent en soi, au sens du droit communautaire ou s'agit-il uniquement d'un segment du marché traditionnel? La réponse est capitale pour apprécier si une pratique développée via l'internet est anticoncurrentielle : plus le marché pertinent est défini strictement, plus la part de marché des entreprises est potentiellement grande.

D'emblée, il faut préciser qu'il est extrêmement difficile d'apporter une réponse définitive : la définition du marché pertinent peut évoluer<sup>30</sup>. Et si on peut considé-

rer, dans certains cas, que l'internet conduit à la création de deux segments appartenant au même marché pertinent – un segment réel (*off line*) et un segment virtuel (*on line*)<sup>31</sup> –, la conclusion est loin d'être établie avec certitude et devra faire l'objet d'un réexamen attentif, en fonction de la croissance de l'internet et de son impact évident sur les formes traditionnelles de commerce<sup>32</sup>.

13. On peut s'inspirer des décisions rendues par la Commission<sup>33</sup> – essentiellement sur la base de la législation en matière de concentration – mais il faut préciser que, bien souvent, l'autorité communautaire se limite à reprendre les arguments des parties et, pour le surplus, laisse la question ouverte. Des enseignements peuvent néanmoins être tirés des affaires liées à l'utilisation du réseau, que ce soit pour définir le marché de produits ou le marché géographique.

14. Dans la définition du marché de produits, la Commission estime que la fourniture de contenus payants via l'internet, l'accès à l'internet et la publicité constituent des marchés distincts dès lors que les activités, financées par des sources distinctes, génèrent des revenus de nature différente : l'accès est payé par le souscripteur au fournisseur d'accès (dans le cas d'un accès payant), la publicité est payée par l'agence de publicité au titulaire du site et la fourniture de contenus est

<sup>27</sup> Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.*, n° C 372, 9 décembre 1997, pp. 5-13, n° 2.

<sup>28</sup> *Ibid.*, nos 7 et 8. Voy. aussi les décisions de la Cour de justice, et notamment C.J.C.E., aff. C 6/72 du 21 février 1973, *Continental Can*, précitée; C.J.C.E., aff. 27/76 du 14 février 1978, *United Brands*, précitée.

<sup>29</sup> B. URRUTIA, «Internet and its effects on competition», [www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000\\_011\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2000_011_en.pdf), p. 3.

<sup>30</sup> C. ERKELENS, «Internet : mededingingsrechtelijke aspecten», *op. cit.*, p. 472.

<sup>31</sup> B. URRUTIA, «Internet and its effects on competition», *op. cit.*, p. 3 qui se base sur l'autorisation de la Commission pour la constitution d'une entreprise commune entre Terra (Telefónica) et Amadeus en vue de la création d'une agence de voyages par le biais de l'internet (voy. le communiqué de presse de la Commission IP/00/415 du 28 avril 2000). La Commission a aussi précisé qu'«étant donné que les différents modes de distribution sont habituellement en concurrence, les marchés ne sont généralement pas définis selon le mode de distribution utilisé» (communication de la Commission relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, *J.O.C.E.*, n° C 291, 13 octobre 2000, §91). Voy. aussi Y. DIETRICH et A. MENAIS, «Affaire Parfumsnet – Commentaire de l'ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Nanterre du 4 octobre 2000», *Juriscor.net*, 10 janvier 2001, n° 17.

<sup>32</sup> E. VOLLEBREGT, «E-Hubs, syndication ...», *op. cit.*, p. 438; C. VAJDA et A. GAHNSTRÖM, «E.C. Competition Law and the Internet», *E.C.L.R.*, 2000, pp. 97-99; C. ERKELENS, «Internet : mededingingsrechtelijke aspecten», *op. cit.*, pp. 473 et s.; G. VAN DUJVENVOORDE, «Digitale dubbelzinnigheden in het mededingingsrecht», in K. BYTTEBIER, R. FELTKAMP, E. JANSSENS (Eds.), *Internet & Recht*, Anvers, Maklu, 2001, pp. 480-481. Voy. aussi, en matière de signature électronique, M. JACCARD, «Droit de la concurrence et signature numérique. Quelques réflexions à la lumière de la concentration Swisskey SA», *Droit-technologie.org*, 28 novembre 2000. Sur ce thème, aux Etats-Unis, voy. B. ABRAHAMSON, «From investor Fantasy to Regulatory Nightmare : Bad Network Economics and the Internet's Inevitable Monopolists», *Harvard Journal of Law and Technology*, 2002, pp. 197 et s.

<sup>33</sup> Voy., outre les décisions citées dans la suite de l'exposé, l'affaire IV/M.1069, *WorldCom/MCI*, 8 juillet 1998, l'affaire COMP/M.1741, *MCI WorldCom/Sprint*, 28 juin 2000 et l'affaire COMP/M.2050, *Vivendi/Canal+/Seagram*, 13 octobre 2000.

payée par le souscripteur au prestataire<sup>34</sup>. Elle estima aussi que la création de site internet appartient à un marché différent dans la mesure où l'activité requiert des compétences techniques spécifiques<sup>35</sup>.

Une décision prononcée en matière de vente de livres à distance est également intéressante. Dans cette affaire, la Commission estime qu'il est possible de voir un marché distinct potentiel pour les ventes à distance : lors d'un achat par le biais de l'internet ou par correspondance, le consommateur peut en effet faire son choix sur catalogue, chez lui (en l'absence du vendeur) et le produit est envoyé à son domicile; pour certains segments de la population, particulièrement isolés, il n'existe pas d'autre alternative<sup>36</sup>. Dans l'affaire *AOL/Time Warner*, elle a considéré qu'il existait un marché émergent distinct pour le téléchargement de musique en ligne, distinct du réseau traditionnel de vente de CD<sup>37</sup>. Par ailleurs, le consommateur peut acheter à n'importe quel moment, où qu'il soit – pour peu qu'il dispose d'un ordinateur et d'une connexion – et parmi une large gamme de produits. Certaines attentes du consommateur, satisfaites lors d'un achat par le biais de l'internet, ne sont pas rencontrées dans le commerce traditionnel.

En matière de plate-forme de commerce électronique (pour plus de détails, voy. *infra*, nos 18 et s.), les questions suivantes sont posées : « doit-on prendre en considération uniquement la distribution des services ou des produits qui s'effectue de manière électronique ou doit-on y inclure les réseaux traditionnels de distribution ? Quel est le degré de substituabilité entre les plates-formes de commerce électronique dites « verticales » qui sont spécialement conçues pour un secteur industriel particulier et les marchés électroniques « horizontaux » qui offrent des services à tous

<sup>34</sup> Aff. IV/M.973, *Bertelsmann/Burda/HOS Lifeline*, 15 septembre 1997; aff. IV/JV.1, *Telia/Telenor/Schibsted*, 27 mai 1998; aff. IV/JV.5, *Cegetel/Canal+/AOL/Bertelsmann*, 4 août 1998; aff. IV/JV.11 @Home Benelux B.V. du 15 septembre 1998; aff. COMP/M.1964, *PlanetInternet/ Fortis Bank/Mine JV*, 10 juillet 2000. Sur l'existence d'un marché distinct pour les technologies d'accès à l'internet, voy. l'affaire IV/M.1113, *Nortel/Norweb*, 18 mars 1998.

<sup>35</sup> Aff. IV/JV.1, *Telia/Telenor/Schibsted*, 27 mai 1998.

<sup>36</sup> Aff. IV/M.1407, *Bertelsmann/Mondadori*, 22 avril 1999. Néanmoins, la Commission s'est gardée de se prononcer de manière définitive et a laissé la question ouverte (voy. le § 16). Voy. aussi l'affaire IV/M.1459, *Bertelsmann/Havas/BOL*, 6 mai 1999, § 13. Voy. aussi C. COLLARD et C. ROQUILLY, « Closed Distribution Networks and E-Commerce : Antitrust issues », *International Review of Law, Computers and Technology*, 2002, p. 89. Ils estiment que, pour l'heure, l'internet constitue un marché pertinent en se basant sur une décision du Conseil de la concurrence français, en vertu de laquelle un club de commande de livres par correspondance constitue un marché pertinent, distinct du réseau traditionnel de distribution des livres. Ils n'excluent toutefois pas que, dans l'avenir, cette conclusion doive être revue.

<sup>37</sup> Aff. COMP/M.1845, *AOL/Time Warner*, 11 octobre 2000, § 21.

les types d'entreprise ? Doit-on inclure dans un marché relevant distinct chacun des services proposés par une plate-forme de commerce électronique ou, au contraire, doit-on considérer que l'ensemble des services proposés par cette plate-forme de commerce électronique constitue un seul marché relevant ? »<sup>38</sup>. Ici encore, la Commission n'apporte pas de solution définitive et laisse la question ouverte : dans les affaires traitées, l'opération ne créait ni ne renforçait de position dominante ou n'affectait pas la concurrence de manière significative<sup>39</sup>.

Bref, pour en conclure que la vente ou la prestation de services par le biais de l'internet constitue un marché distinct, il faut examiner chaque cas individuellement. Sur la base de l'ensemble des éléments de l'affaire, il n'est pas exclu que le commerce électronique présente une spécificité significative par rapport au commerce traditionnel, au point que le consommateur ne considère pas les services ou produits fournis *off line* ou *on line* comme interchangeables.

15. Nonobstant le caractère international de l'internet, il ressort des décisions rendues par la Commission que les parties considèrent bien souvent que le marché géographique est circonscrit aux frontières nationales<sup>40</sup>. Tel est le cas, par exemple, en matière de publicité : les campagnes sont adaptées en fonction de chaque marché national – ce que confirme parfois la langue utilisée<sup>41</sup> – et les fournisseurs d'accès à l'internet dépendent de l'infrastructure nationale de télécommunication. Quant aux contenus payants, le prestataire doit offrir un service auquel le destinataire s'identifie linguistiquement et culturellement, ce qui renvoie à une base nationale. Dans le cadre de la distribution des livres, la Commission a reconnu que si le marché géographique était certes plus large que les frontières territoriales d'un Etat, la pratique montrait que la plupart des ventes effectuées via internet ne concernaient qu'un seul Etat<sup>42</sup>. Cela étant, dans l'affaire *MyAircraft.com*, les par-

<sup>38</sup> C. STEYAERT, « Droit de la concurrence », *op. cit.*, pp. 118-119, n° 123.

<sup>39</sup> Voy. par ex. aff. COMP/M.1969, *UTC/Honeywell/MyAircraft.com*, 4 août 2000; aff. COMP/M.2075, *Newhouse/Jupiter/Scudder/M&G/JV*, 1<sup>er</sup> septembre 2000; aff. COMP/M.3101, *Accor/Hilton/Six Continents/JV*, 16 mai 2003. Voy. aussi E. VOLLEBREGT, « E-Hubs, syndication ... », *op. cit.*, p. 439.

<sup>40</sup> Aff. IV/JV.11 @Home Benelux B.V. du 15 septembre 1998; aff. IV/JV.1, *Telia/Telenor/Schibsted*, 27 mai 1998; aff. COMP/M.1964, *PlanetInternet/Fortis Bank/Mine JV*, 10 juillet 2000. Voy. aussi G. VAN DUIJVENVOORDE, « Digitale dubbelzinnigheden in het mededingingsrecht », *op. cit.*, p. 481.

<sup>41</sup> Le suédois dans l'affaire IV/JV.1, *Telia/Telenor/Schibsted*, du 27 mai 1998. S'agissant d'une langue plus répandue – l'espagnol par exemple – on n'aurait pu tirer une telle conclusion.

<sup>42</sup> Aff. IV/M.1459, *Bertelsmann/Havas/BOL*, 6 mai 1999, § 14. Dans l'hypothèse en cause, la Commission estime néanmoins que la question peut être laissée ouverte dans la mesure où

ties ont estimé que l'étendue du marché géographique était mondiale, compte tenu des caractéristiques de l'e-commerce et eu égard au fait que le marché aérospatial – *in casu* – était également mondial<sup>43</sup>.

II. LES PLATES-FORMES DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. Caractéristiques des plates-formes de commerce électronique (*e-marketplaces*)

16. Dans le cadre du commerce électronique *B2B*, on constate depuis quelques années le développement de plates-formes de commerce électronique (*e-marketplaces*)<sup>44</sup>. Il s'agit d'un lieu d'échanges – un site web, par exemple – à travers lequel des fournisseurs et des acheteurs peuvent conclure des transactions commerciales.

Ces plates-formes offrent des services divers : achat-vente en ligne, gestion électronique des livraisons, de la facturation ou de l'acheminement des produits, gestion informatisée des exigences douanières pour les exportations, etc.<sup>45</sup>. De nombreux domaines sont concernés : l'aéronautique (plate-forme *MyAircraft.com*), le secteur automobile (*Covisint*), l'hôtellerie (*WorldRes.Europe*), ou encore les services financiers (*Volbroker.com*, *Cofunds.com*), etc.

17. En simplifiant la gestion administrative et en accélérant les transactions, ces services vont engendrer des gains de productivité et favoriser ainsi une concurrence plus vive. La transparence sur le marché est augmentée, ce qui favorise une baisse des prix et permet de renforcer « l'intégration de marchés géographiques

distincts, du fait que l'internet élimine les barrières géographiques entre acheteurs et vendeurs, ce qui leur permet d'entrer en contact efficacement les uns avec les autres. Les échanges en ligne qui permettent aux acheteurs de grouper leur demande peuvent se révéler particulièrement avantageux pour les petites et moyennes entreprises. En outre, les marchés électroniques *B2B* devraient constituer une source de gains substantiels en termes d'efficacité, dans la mesure où ils permettent une réduction des coûts de transaction et une amélioration de la gestion des stocks »<sup>46</sup>. De telles plates-formes sont particulièrement intéressantes pour les P.M.E. qui peuvent ainsi contrebalancer le pouvoir des grandes entreprises. Cela étant, ces indéniables effets positifs vont parfois se développer au prix de comportements anticoncurrentiels.

Quant aux consommateurs, ils ne peuvent que tirer avantage d'une concurrence plus vive : une meilleure transparence sur le marché leur est profitable, de même qu'une baisse des prix. A l'inverse, les comportements anticoncurrentiels porteront préjudice aux autres entreprises du marché et les consommateurs en seront également victimes.

B. Conformité des plates-formes au droit communautaire de la concurrence

La Commission européenne s'intéresse au phénomène ; en témoignent les conférences ou la publication de certains principes<sup>47</sup>. Elle a également reçu de nombreuses notifications, sur la base de l'article 81 du Traité ou du droit communautaire des concentrations et a acquis, dans ce cadre, une certaine expérience<sup>48</sup>. Il faut noter à

l'opération ne conduira pas à la création ou au renforcement d'une position dominante. S'agissant de services financiers, on peut aussi préciser que si, en 1997, les marchés sont avant tout nationaux, depuis l'euro et le développement des nouvelles technologies (internet, *phone banking*), la situation est appelée à changer et le marché devrait être nettement plus international (aff. IV/M.1029, *Merita/Nordbanken*, 10 décembre 1997).

<sup>43</sup> Aff. M.1969 *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com*, précitée ; la Commission laisse la question ouverte : il n'est pas nécessaire de définir un marché géographique dans la mesure où l'évaluation de l'opération de concentration est dans cette hypothèse identique, quelle que soit l'étendue du marché géographique (§16). Voy. aussi l'affaire COMP.M.3101, *Accor/Hilton/Six Continents/JV*, 16 mai 2003 où la Commission estime que le marché géographique correspond à l'Espace économique européen.

<sup>44</sup> *E-marketplaces : new challenges for enterprise policy, competition and standardisation*, Bruxelles, 23-24 avril 2001, [www.europa.eu.int/comm/enterprise/ict/e-marketplaces/workshop\\_final\\_report.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/enterprise/ict/e-marketplaces/workshop_final_report.pdf), pp. 14-15.

<sup>45</sup> V. TACK, *op. cit.*, pp. 1-2.

<sup>46</sup> Commission européenne, *XXX<sup>e</sup> rapport sur la politique de la concurrence*, 2000, p. 71. Pour une étude des avantages de ces plates-formes de commerce électronique, voy. aussi *E-marketplaces : new challenges for enterprise policy, competition and standardisation*, Bruxelles, 23-24 avril 2001, [www.europa.eu.int/comm/enterprise/ict/e-marketplaces/workshop\\_final\\_report.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/enterprise/ict/e-marketplaces/workshop_final_report.pdf), pp. 5 et s. ; D. LANCEFIELD, « The regulatory Hurdles Ahead in B2B », *E.C.L.R.*, 2001, p. 11 ; S. JANISCH, « Business Opportunities on the Internet : Is European Community Competition Law the Limit? », *op. cit.*, p. 35.

<sup>47</sup> Voy. à cet égard J. LÜCKING, « B2B e-marketplaces and EC competition law : where do we stand? », *Competition Policy Newsletter*, 2001, n° 3, p. 15 et les réf. citées en notes.

<sup>48</sup> Voy. notam. l'affaire M.2027, *Deutsche Bank/SAP/JV* ; COMP/38.866, *Volbroker* ; M.1969, *UTC/Honeywell/i2/Myaircraft.com* ; M.2075, *Jupiter/M&G/Scudder/JV* ; M.2138, *Siemens/SAP/JV* ; M.2096, *Bayer/Deutsche Telekom/Infraserv Hoechst* ; M.2172, *Babcock Borsig/mg technologies/SAP Markets/ec4ec* ; M.2270, *Bacock Borsig/SAP Markets/Deutsche Bank/VA Tech/ec4ec* ; M.2398, *Linde/Jungheinrich/JV* ; M.2374 *Telenor/Ergogroup/DNB/Accenture/JV*. Sur l'étude spécifique de trois de ces plates-formes, E. CLERC, « Commission clears the creation of three B2B e-marketplaces : Covisint, Eutalia and Endorsia », *Competition Policy Newsletter*, 2002, n° 1,



cet égard que, dans la plupart des affaires soumises à la Commission, aucun comportement anticoncurrentiel ne fut constaté. L'absence de procédures plus développées limite, dans une certaine mesure, la portée des décisions rendues par la Commission<sup>49</sup>; cela étant, un certain nombre de principes peuvent être dégagés sur cette base, tant pour la création de la plate-forme que pour son utilisation.

### 1. Création de la plate-forme

18. Dans un premier temps, il faut déterminer si la conformité de la plate-forme au droit communautaire doit être envisagée sous l'angle des articles 81 ou 82 du Traité ou conformément aux règles en matière de concentration; la procédure diffère en effet.

«L'opération envisagée sera une concentration en droit communautaire si deux conditions sont remplies : d'une part, la nouvelle entité doit être contrôlée *conjointement* par plusieurs entreprises, chacune d'elles ayant directement ou non une influence décisive sur la stratégie commerciale de la plate-forme de commerce électronique; d'autre part, la nouvelle entité doit disposer de manière durable des moyens financiers, humains et autres lui permettant d'être autonome (notion d'entreprise commune de plein exercice)»<sup>50</sup>. A titre exemplatif, dans l'affaire *Emaro*, la Commission releva la présence de ressources financières (9 millions d'euros) et techniques (logiciels) suffisantes<sup>51</sup>. La plate-forme *Cofunds* est égale-

pp. 53 et s. Sur la base de ces décisions, un auteur synthétise les recommandations à suivre par les plates-formes de commerce électronique pour agir conformément au droit de la concurrence comme suit :

- «Credible data protection and safeguards against the exchange of information;
  - structural separation between the exchange and its parents which is supported by Chinese walls;
  - joint purchasing or joint commercialisation within the boundaries of the horizontal guidelines;
  - no provision which directly or indirectly try to impose the exclusive use of exchange by its participants;
  - open, non-discriminatory access from all interested buyers and seller»
- (J. LÜCKING, «B2B e-marketplaces and EC competition law : where do we stand?», *Competition Policy Newsletter*, 2001, n° 3, p. 16).

<sup>49</sup> J. LÜCKING, «B2B e-marketplaces and EC competition law : where do we stand?», *Competition Policy Newsletter*, 2001, n° 3, p. 15.

<sup>50</sup> V. TACK, *op. cit.*, p. 2; S. JANISCH, *op. cit.*, pp. 35-36; voy. aussi D. LANCEFIELD, *op. cit.*, p. 11.

<sup>51</sup> Aff. COMP/M.2027, *Deutsche Bank/SAP/JV*, 13 juillet 2000. De même, la plate-forme *MyAir-craft.com* fit l'objet d'un examen au regard du règlement sur les concentrations : elle accomplit, selon la Commission, toutes les fonctions d'une entreprise commune de plein exercice contrôlée en commun par ses sociétés mères (ressources financières suffisantes, logiciel nécessaire et moyens humains).

ment soumise au régime des concentrations : les quatre sociétés ont la possibilité d'exercer une influence décisive sur la filiale commune<sup>52</sup>.

En revanche, si les sociétés mères n'exercent pas de contrôle sur les décisions commerciales stratégiques de l'entreprise commune, il y a lieu d'étudier l'opération au regard des articles 81 et 82 du Traité<sup>53</sup>.

19. Il faut éviter la création de barrières à l'entrée, que ce soit en empêchant l'accès à la plate-forme ou en développant des obstacles à la création de nouvelles plates-formes<sup>54</sup>.

Si un tiers se voit refuser l'accès à la plate-forme ou s'il y est admis à des conditions discriminatoires, il y a entente contraire à l'article 81, § 1<sup>er</sup> (spécialement le point d), et donc interdite. Il faut en principe se référer à des critères clairs, objectifs et non discriminatoires – par exemple, une solvabilité suffisante ou le respect de consignes de sécurité – dans le choix des partenaires<sup>55</sup>.

Si, en plus, la plate-forme occupe une position dominante sur le marché – elle est la plate-forme incontournable pour vendre et acheter tel bien – et qu'elle en refuse l'accès à un tiers de façon discriminatoire, il y a abus<sup>56</sup>. Cette hypothèse sera

<sup>52</sup> Aff. COMP/M.2075, *Newhouse/Jupiter/Scudder/M&G/JV*, 1<sup>er</sup> septembre 2000, § 7.

<sup>53</sup> Voy. l'affaire *Covisint* où la Commission estima que le projet n'était pas une opération de concentration étant donné que «les entreprises qui ont créé la plate-forme n'exerceront pas de contrôle commun ou exclusif sur la nouvelle entreprise. Covisint est donc la première grande bourse de commerce interentreprises qui ait été examinée au regard de l'article 81 plutôt que du règlement sur les concentrations» (aff. COMP/38.064/F2, *DaimlerChrysler AG/Ford Motor Company/General Motors Corporation/Nissan Motors Co.Ltd/Renault – Covisint*, communiqué de presse de la Commission, IP/01/1155).

<sup>54</sup> V. TACK, *op. cit.*, p. 4; S. JANISCH, *op. cit.*, p. 36; F. ALESE, *op. cit.*, pp. 329 et s.; D. LANCEFIELD, *op. cit.*, p. 10; E. VOLLEBRECHT, «E-Hubs, syndication and competition concerns», *E.C.L.R.*, 2001, pp. 441-442; J. LÜCKING, «B2B e-marketplaces and EC competition law : where do we stand?», *Competition Policy Newsletter*, 2001, n° 3, p. 16; C. STEYAERT, *op. cit.*, pp. 121-122, n° 126.

<sup>55</sup> Voy. aussi la décision rendue par la Commission dans l'affaire *Volbroker.com*. Elle exigea en effet que les intermédiaires puissent accéder à la plate-forme au même titre que les banques à l'origine de la plate-forme, *leaders* sur le marché des options.

<sup>56</sup> Pour autant que les conditions de la jurisprudence *Oscar Bronner* soient remplies (C.J.C.E., aff. C-7/97 du 26 novembre 1998, *Bronner c. Mediaprint*). En l'espèce, une entreprise de presse, exploitant un système de portage de journaux à domicile, refusait l'accès à un concurrent, ne disposant pas des ressources suffisantes pour mettre sur pied son propre système. La Cour estima qu'il y avait abus dès lors que «le refus du service que constitue le portage à domicile soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens de la part du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, mais également que le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile» (§ 41). Voy. aussi V. TACK, *op. cit.*, p. 4.



néanmoins assez rarement rencontrée dès lors que le tiers concurrent pourra essayer d'entrer sur une autre plate-forme, ou recourir à des ventes *off line*.

Dans l'affaire *Covisint*, la Commission a eu l'occasion de préciser que les entreprises du secteur pouvaient accéder à la plate-forme sans discrimination, sur la base de règles transparentes, et que les actionnaires ou autres utilisateurs pouvaient accéder à d'autres plates-formes<sup>57</sup>. Dans l'affaire *WorldRes.Europe*, il a été décidé qu'en égard à «la part mineure de l'entreprise commune sur le marché de la fourniture de service de systèmes de distribution mondiaux et le marché éventuel des services de réservation d'hôtels en ligne, [...] il était peu probable que le marché soit fermé aux concurrents fournisseurs de services de réservation d'hôtels ou de services de distribution mondiaux»<sup>58</sup>.

20. On pourrait aussi rencontrer des pratiques consistant à empêcher les membres d'une plate-forme d'écouler leurs biens via une autre plate-forme. Si on peut tolérer ce type de comportement pendant la phase de lancement (3 à 5 ans), en attendant que la plate-forme réalise un chiffre d'affaire suffisant, au-delà, la pratique est à exclure<sup>59</sup>.

## 2. Utilisation de la plate-forme

### a. Echange d'informations commercialement sensibles<sup>60</sup>

21. La concurrence implique en principe que chaque producteur agisse de manière indépendante sur le marché et ne coordonne pas son action en fonction de ses rivaux. Si les concurrents se mettent d'accord pour échanger des informations à propos de leur politique de prix, des quantités produites ou échangées, des plans d'investissements ou des projets de recherche et développement, il leur est plus facile d'agir de concert et d'adopter par là même des comportements anticoncurrentiels<sup>61</sup>. Autre chose est bien entendu l'échange d'informations qui contribue à

augmenter la transparence sur le marché, engendrant ainsi des effets pro-compétitifs<sup>62</sup>. Au final, ceux-ci se révéleront également bénéfiques pour les consommateurs.

Pour déterminer si les échanges d'informations ont des effets procompétitifs ou au contraire anticoncurrentiels, il faut étudier la structure du marché pertinent et le type d'information échangée<sup>63</sup>. Dans un marché très concurrentiel, l'augmentation de la transparence résultant du commerce électronique est favorable à la concurrence. Par contre, s'agissant de marchés oligopolistiques très concentrés, où les parts de marché sont stables, un accroissement de la transparence augmente le risque de collusion. De même, il doit s'agir d'informations *sensibles* sur le plan commercial. Tel ne sera le cas que si elles permettent d'identifier et de prédire le comportement commercial de concurrents spécifiques. On considère généralement que l'échange d'études de marché peut avoir des effets positifs en termes de recherche et développement, au contraire des informations relatives aux prix, quantités ou aux stratégies de marketing<sup>64</sup>.

Il faut donc veiller à ce que les acteurs de la plate-forme garantissent une protection efficace et crédible des données et mettent en place des barrières contre l'échange d'informations sensibles<sup>65</sup>. Il est conseillé, «si plusieurs entreprises concurrentielles qui utilisent les services de la plate-forme de commerce électronique disposent d'une part de marché cumulée supérieure à 15 %, [...] de veiller à ne donner accès à ses concurrents qu'à des données commerciales historiques (vieilles de plus d'un an) ou à des données regroupées ou sélectionnées de manière à rendre impossible l'identification de l'entreprise concernée par l'information commercialement sensible»<sup>66</sup>. Dans la pratique, on constate que les opérateurs économiques sont conscients de cet aspect et n'hésitent pas à mettre en place les moyens techniques nécessaires pour que l'échange d'informations soit limité au strict nécessaire et en tout cas contrôlé<sup>67</sup>.

<sup>57</sup> Communiqué de presse de la Commission, IP/01/1155.

<sup>58</sup> Aff. COMP.M.3101, *Accor/Hilton/Six Continents/JV*, 16 mai 2003, communiqué de presse de la Commission, IP/03/706.

<sup>59</sup> V. TACK, *op. cit.*, p. 4.

<sup>60</sup> Sur ce point, voy. V. TACK, *op. cit.*, p. 4; E. VOLLEBREGT, «E.C. Competition Law Aspects of Peer-to-Peer Networking», *C.T.L.R.*, 2002, pp. 64-65; F. ALESE, *op. cit.*, pp. 326-327; C. STEYAERT, «Droit de la concurrence», *op. cit.*, pp. 119-120, n° 124; U. DRAETTA, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 168-172; C. BELLAMY et G. CHILD, *op. cit.*, n°s 4-115 et s.

<sup>61</sup> R. WHISH, *op. cit.*, pp. 441 et s.

<sup>62</sup> R. WHISH, *op. cit.*, pp. 449-450; E. VOLLEBREGT, «E.C. Competition Law Aspects of Peer-to-Peer Networking», *C.T.L.R.*, 2002, pp. 64 et s.

<sup>63</sup> V. TACK, *op. cit.*, p. 4.

<sup>64</sup> D. LANCEFIELD, «The regulatory Hurdles Ahead in B2B», *E.C.L.R.*, 2001, p. 10; E. VOLLEBREGT, «E-Hubs, syndication and competition concerns», *E.C.L.R.*, 2001, p. 441.

<sup>65</sup> S. JANISCH, *op. cit.*, p. 36.

<sup>66</sup> V. TACK, *op. cit.*, p. 4, qui se base notamment sur la décision *Cofunds*, précitée.

<sup>67</sup> J. LÜCKING, «B2B e-marketplaces and EC competition law : where do we stand?», *Competition Policy Newsletter*, 2001, n° 3, p. 15.

Il faut aussi citer dans ce cadre l'affaire *Volbroker.com*<sup>68</sup>, soumise à la Commission et qui concernait le possible échange, par certains membres de la plate-forme, d'informations commercialement sensibles. *Volbroker.com* fut créé par les filiales de six grandes banques – toutes jouant un rôle important sur le marché des options sur devise – dans le but de développer et de commercialiser un service de courtage électronique pour la négociation d'options de change entre banques. Le projet fut notifié à la Commission, conformément à l'article 4 du règlement n° 17 du Conseil. Si celui-ci constituait une pratique anticoncurrentielle au sens de l'article 81, § 1<sup>er</sup>, du Traité, la Commission accepta de décerner une lettre de confort. Les entreprises avaient en effet donné certaines assurances pour éviter l'accès à des informations commercialement sensibles par des compagnies parentes (mise en place d'une « muraille de Chine »)<sup>69</sup>.

b. Accords d'achats et de commercialisation

22. Si les participants à la plate-forme coordonnent leurs comportements en tant qu'acheteurs ou vendeurs, des problèmes peuvent surgir, en termes de concurrence. De telles coopérations horizontales ne sont pas à négliger et, dès lors que ces problèmes ne sont pas différents des cas d'achats ou de ventes en commun traditionnels, on se réfère sur ce point aux lignes directrices élaborées par la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du Traité CE aux accords de coopération

<sup>68</sup> Aff. COMP/37.866, *Volbroker.com*, communiqué de presse de la Commission, IP/00/896. Voy. aussi l'affaire *Cofunds* (COMP/M.2075, *Newhouse/Jupiter/Scudder/M&G/JV*, 1<sup>er</sup> septembre 2000) où la Commission décida que les clauses de non-sollicitation et de confidentialité étaient suffisantes; l'affaire M.2270, *Bacock Borsig/SAP Markets/Deutsche Bank/VA Tech/ec4ec*, 22 janvier 2001 et l'affaire *Covisint*, précitée (la Commission releva une protection adéquate des données par le biais notamment de murs coupe-feu (*firewalls*) et de mesures de sécurité). Voy. aussi l'affaire *WorldRes.Europe* où « la Commission a également exclu que l'accord instituant l'entreprise commune ne mène à la coordination des stratégies commerciales des chaînes hôtelières en cause, car le système comporte des sauvegardes assurant la confidentialité des informations qu'il contient et tous les renseignements dont *WorldRes.Europe* dispose peuvent être consultés par les tiers, hôtels et distributeurs d'hôtellerie » (aff. COMP.M.3101, *Accor/Hilton/Six Continents/JV*, 16 mai 2003, communiqué de presse de la Commission, IP/03/706).

<sup>69</sup> Aucun membre du personnel ou de la direction de *Volbroker.com* ne sera lié, contractuellement ou non, à l'une des entreprises fondatrices et vice versa; les membres du personnel ou de la direction de *Volbroker.com* ne travailleront pas dans les locaux des entreprises fondatrices; les représentants des entreprises fondatrices au conseil d'administration de *Volbroker.com* n'auront pas accès aux informations commerciales sensibles relatives aux autres parties ou à des tiers; les entreprises fondatrices n'auront pas accès aux systèmes informatique et de communication de *Volbroker.com*; les entreprises fondatrices veilleront à ce que le personnel et la direction de toutes les parties soient conscientes de l'importance du respect de la confidentialité des informations commerciales sensibles et soient informés des sanctions possibles.

horizontale<sup>70</sup>. On distingue dans ce cadre les accords d'achats<sup>71</sup> et les accords de commercialisation<sup>72</sup>.

23. Les accords pour l'achat groupé de produits sont généralement conclus par des P.M.E. pour leur permettre d'acheter de plus grandes quantités et obtenir ainsi des rabais, à l'instar des concurrents plus gros. Ce type de pratique a un effet pro-compétitif dès lors qu'elles sont en mesure de proposer des produits à des prix inférieurs, au bénéfice direct des consommateurs. Ces comportements peuvent constituer des accords horizontaux et verticaux. Nous nous contenterons ici de vérifier la régularité des premiers. Les marchés affectés sont doubles : les marchés d'achat en cause (en amont) et les marchés sur lesquels les parties concernées par l'achat opèrent en tant que vendeurs (en aval).

La pratique tombe sous le coup de l'interdiction de l'article 81, § 1<sup>er</sup>, si la coopération est utilisée pour parvenir à une entente (fixation des prix, limitation de la production ou répartition des marchés). Les acheteurs concurrents vont créer, par leur accord, une puissance d'achat qui, dans certaines circonstances, peut avoir des effets négatifs sur la concurrence : si les acheteurs exercent un certain pouvoir sur les marchés de vente des produits, ils peuvent en effet être tentés de ne pas faire bénéficier les consommateurs des économies réalisées sur les coûts. Plus la puissance d'achat des parties est grande, plus le risque est élevé de voir les acteurs se coordonner en tant que vendeurs. En outre, les acteurs disposant d'une forte puissance d'achat pourraient aussi fermer le marché aux acheteurs concurrents en limitant leur accès aux fournisseurs. Ces derniers pourraient aussi être tentés d'augmenter leur prix à leur égard pour compenser les rabais consentis par ailleurs.

Dans ses lignes directrices, la Commission estime que si les parties à l'accord détiennent une part de marché cumulée ne dépassant pas 15 %, tant sur les marchés d'achats (en amont) que sur les marchés de vente (en aval), l'accord ne devrait pas relever de l'article 81, § 1<sup>er</sup>. Au-delà du seuil indiqué, il faut vérifier si les conditions de l'article 81, § 3, ne sont pas remplies.

<sup>70</sup> *J.O.C.E.*, n° C 3, 6 janvier 2001, pp. 2 et s.

<sup>71</sup> Voy. les « Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du Traité CE aux accords de coopération horizontale », nos 119 et s. (ci-après « Lignes directrices relatives aux accords horizontaux »); voy. aussi S. JANISCH, *op. cit.*, p. 36; V. TACK, *op. cit.*, p. 4; F. ALESE, *op. cit.*, p. 327.

<sup>72</sup> Voy. « Lignes directrices relatives aux accords horizontaux », précitées, nos 139 et s.; voy. aussi S. JANISCH, *op. cit.*, p. 36; V. TACK, *op. cit.*, p. 5; F. ALESE, *op. cit.*, pp. 327-328;

Dans l'affaire *Covisint*, l'accord entre les entreprises concernées interdisait spécifiquement les achats communs entre les constructeurs automobiles ou portant sur des produits propres à cette industrie<sup>73</sup>. De même, la plate-forme *Inreon* fut autorisée pour cet aspect pour autant qu'elle ne facilite pas les achats ou les ventes en commun entre les utilisateurs, car les acheteurs ne peuvent voir les demandes de prix émanant d'autres acheteurs et les vendeurs ne peuvent consulter les tarifs de leurs concurrents transmis simultanément en réponse à une demande de prix<sup>74</sup>.

24. On parle d'accord de commercialisation dès lors qu'«il existe une coopération entre concurrents pour la vente, la distribution ou la promotion de leurs produits»<sup>75</sup>. Tantôt tous les aspects commerciaux liés à la commercialisation du produit sont déterminés en commun – vente groupée –, tantôt l'accord ne concerne qu'un aspect spécifique de la commercialisation (service après-vente, publicité). Ces accords ne relèvent pas de l'article 81, §1<sup>er</sup>, lorsque les parties ne sont pas concurrentes ou si les coûts de pénétration du marché sont tels qu'une partie n'aurait pas pu pénétrer sur le marché sans cet accord. En revanche, s'il y a fixation des prix, l'opération est presque toujours interdite et les conditions du §3 de l'article 81 sont rarement remplies. Les accords de commercialisation n'impliquant pas la fixation des prix ne sont quant à eux soumis à l'article 81, §1<sup>er</sup>, que si les parties possèdent un certain pouvoir de marché, correspondant au moins à une part de marché cumulée de 15%. Même au-delà de ce seuil, l'exemption reste possible.

### III. SPÉCIFICITÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS LES ACCORDS VERTICAUX<sup>76</sup>

#### A. Accords de distribution exclusive

25. On parle d'accord de distribution exclusive lorsque «le producteur accepte de ne vendre sa production qu'à un seul distributeur en vue de la revente sur un terri-

toire déterminé. Dans le même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires exclusifs»<sup>77</sup>.

26. En principe, de telles pratiques sont interdites en vertu de l'article 81, §1<sup>er</sup>, du Traité. Cela étant, elles auraient pu être exemptées sur la base de l'article 2 du règlement n° 2790/1999<sup>78</sup> qui prévoit que, conformément à l'article 81, §3, du Traité, cette interdiction est déclarée inapplicable aux accords verticaux. L'article 4, b), du règlement stipule néanmoins que «l'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties ont pour objet : [...] b) la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels, sauf : – la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre acheteur [...]». Bref, seules ces dernières ventes actives peuvent faire l'objet de restrictions. Or, avec le commerce électronique, les biens et services sont en principe offerts par delà les frontières, sans référence à un territoire donné et sans délimitation quant à la clientèle potentielle. Reste à déterminer quelles ventes par le biais de l'internet répondent à ces caractéristiques et peuvent par conséquent être limitées dans les accords de distribution.

27. Dans un premier temps, il importe de distinguer clairement les ventes actives des ventes passives.

Par vente active, on entend «le fait de prospector des clients éventuels à l'intérieur du territoire exclusif ou parmi la clientèle exclusive d'un autre distributeur, par exemple par publipostage ou au moyen de visites, le fait de prospector une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné concédés exclusivement à un autre distributeur, par le biais d'annonces publicitaires dans les médias ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire, ou encore l'établissement d'un entrepôt ou d'un point de vente à l'intérieur du territoire exclusif d'un autre distributeur»<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> Aff. précitée.

<sup>74</sup> Communiqué de presse de la Commission, IP/02/761.

<sup>75</sup> «Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du Traité CE aux accords de coopération horizontale», précitées, n°s 139 et s.

<sup>76</sup> On entend par accord vertical tout accord ou pratique concertée «conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacun opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services» (art. 2, §1<sup>er</sup>, règl. 2790/1999). Voy. aussi C. VAJDA et A. GAHNSTRÖM, «E.C. Competition Law and the Internet», *E.C.L.R.*, 2000, pp. 103-105; S. JANISCH, «Business Opportunities on the Internet : Is European Community Competition Law the Limit?», *op. cit.*, p. 36.

<sup>77</sup> Communication de la Commission intitulée «Lignes directrices sur les restrictions verticales», *J.O.C.E.*, n° C 291, 13 octobre 2000, pp. 1 et s., §161 (ci-après «Lignes directrices sur les restrictions verticales»).

<sup>78</sup> Règlement de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, §3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.C.E.*, n° L 336, 29 décembre 1999, p. 21.

<sup>79</sup> «Lignes directrices sur les restrictions verticales», précitées, §50.

Par vente passive, on entend «le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, en assurant la livraison des biens ou la prestation des services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale, soit dans les médias, soit par le biais de l'internet, qui atteint des clients établis sur les territoires exclusifs d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour toucher des clients situés sur des territoires non exclusifs ou sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive»<sup>80</sup>.

28. Dans ses lignes directrices, la Commission s'intéresse aux ventes réalisées via le réseau<sup>81</sup>. En recourant à l'internet pour vendre ses produits, le distributeur va également atteindre les territoires et les clientèles exclusifs d'autres distributeurs : c'est la nature même du réseau des réseaux. Si une personne établie sur ce territoire ou appartenant à cette clientèle visite le site web du distributeur et achète en ligne, la Commission considère qu'il s'agit d'une vente passive. Elle précise que, «dans la mesure où un site sur internet n'est pas clairement conçu de manière à atteindre en premier lieu des clients se trouvant à l'intérieur d'un territoire ou d'un groupe de clientèle exclusivement concédés à un autre distributeur [...], ce site n'est pas considéré comme une forme de vente active».

En d'autres termes, un distributeur peut utiliser l'internet pour faire de la publicité ou vendre ses produits<sup>82</sup>. Sous réserve des ventes actives vers les territoires exclusifs et aux clientèles exclusives d'autres distributeurs, aucune autre restriction à l'utilisation de l'internet par les distributeurs pour vendre leurs produits n'est compatible avec le règlement.

29. Dans sa communication, la Commission apporte des précisions sur les critères à prendre en considération pour établir le caractère actif ou passif de la vente<sup>83</sup>.

La Commission relève que «la langue utilisée sur le site en question ou dans la communication ne joue normalement aucun rôle». Pour l'anglais, cette conclusion n'est pas contestable. Par contre, s'agissant d'autres langues proposées, qui ne peuvent s'expliquer que pour atteindre une clientèle donnée, il faut être moins catégorique. Si un distributeur exclusif madrilène traduit ses pages en catalan, il

pourra difficilement soutenir qu'il ne voulait pas atteindre *activement* la clientèle catalane<sup>84</sup>. De même, certains pourraient aussi se plaindre de ce que des distributeurs bénéficient d'un champ d'action potentiellement plus large, eu égard à la compréhension de la langue de leur site – l'anglais par exemple – par un plus grand nombre de personnes<sup>85</sup>. Il faut aussi être conscient qu'un site internet peut laisser le choix de la langue à l'internaute et, profitant du laxisme de certains États, viser une clientèle établie sur certains territoire, au mépris des règles communautaires de la concurrence<sup>86</sup>.

Il y a également vente active lorsqu'il est fait utilisation «de *bandeaux publicitaires* ou de *liens* dans les pages de fournisseurs d'accès visant spécifiquement la clientèle concédée». Dès lors qu'un éditeur juridique place un bandeau publicitaire sur le site portail du barreau de Bruxelles, il semble raisonnable de penser que son objectif était d'atteindre activement le territoire belge ou la clientèle des avocats<sup>87</sup>. On pourrait aussi estimer que le fait, pour un distributeur belge, d'utiliser un nom de domaine *.nl* pour vendre ses produits aux Pays-Bas constitue une vente active qui peut faire l'objet de restrictions dans une clause du contrat de distribution, par exemple<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> J.-P. TRIAILLE et M. TRONCOSO FERRER, «Réseaux de distribution et commerce électronique», *J.T.*, 2001, p. 175.

<sup>85</sup> Y. DIETRICH et A. MENAIS, «Réseau de distribution et vente sur Internet», *Juriscom.net*, 2 juin 2000, n° 28.

<sup>86</sup> Voy. par exemple l'affaire Parfumsnet. Parfumsnet.fr cessa ses activités en France du fait des nombreuses actions intentées à son encontre et rouvrit un site en Espagne, parfumsnet.com. L'internaute visitant le site en *.fr* était renvoyé par un lien hypertexte vers le site *.com* où il était possible de choisir le français pour effectuer ses transactions (voy. C. COLLARD et C. ROQUILLY, «Closed Distribution Networks and E-Commerce : Antitrust issues», *International Review of Law, Computers and Technology*, 2002, p. 83; Y. DIETRICH et A. MENAIS, «Affaire Parfumsnet – Commentaire de l'ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Nanterre du 4 octobre 2000», *Juriscom.net*, 10 janvier 2001, n° 3).

<sup>87</sup> J.-P. TRIAILLE et M. TRONCOSO FERRER (*op. cit.*, p. 175) nuancent cette affirmation, estimant que «le distributeur, annonceur, qui passe par une régie publicitaire n'a pas toujours le contrôle et ne connaît pas nécessairement les sites sur les pages web des sites tiers sur lesquels la régie se chargera de faire passer les messages publicitaires dans les bandeaux *ad hoc*. De même, des liens peuvent avoir été établis vers le site du distributeur mais à son insu et sans qu'il en ait pris l'initiative ou fait la demande (notamment sur des sites de comparaison de prix)». Dans le même sens, voy. Y. DIETRICH et A. MENAIS, «Réseau de distribution et vente sur Internet», *Juriscom.net*, 2 juin 2000, n°s 25-26.

<sup>88</sup> C. STEYAERT, «Droit de la concurrence», *Droit de l'informatique et des technologies de l'information. Chronique de jurisprudence 1995-2001, Dossiers du J.T.*, n° 41, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 95, n° 101.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ibidem*, §51.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

Depuis le passage à l'euro, il semble difficile d'admettre, sauf exceptions, que le choix de la *monnaie* constitue encore un critère décisif<sup>89</sup>.

La Commission précise qu'«un *message non sollicité*, transmis par courrier électronique à des clients individuels ou à un groupe de clientèle déterminé, est considéré comme une vente active». Dès lors que le prestataire est tenu d'obtenir le consentement préalable de la personne visée pour envoyer le message, il est probable qu'il s'informerait également de son lieu d'établissement. Il faut néanmoins veiller à ce que toutes ces opérations s'accomplissent dans le respect des législations en matière de protection des données à caractère personnel<sup>90</sup>. Précisons par ailleurs qu'une adresse de courrier électronique de type prénom.nom@company.be ne permet pas d'établir avec certitude que son titulaire est établi en Belgique même s'il est fort probable qu'il en soit ainsi<sup>91</sup>. Quant aux adresses en .com, autant dire qu'il est impossible d'en déterminer l'origine (par exemple nom.prénom@hotmail.com).

**30.** Bref, l'appréciation de chaque cas d'espèce doit se fonder sur l'étude d'un faisceau d'indices, déduits du comportement du distributeur. Sur cette base, et à la lumière des critères établis par la Commission, il est alors possible de trancher en faveur de la vente active (qui peut faire l'objet de restrictions) ou de la vente passive (que les accords ne peuvent restreindre).

**31.** Par ailleurs, s'il se réserve les ventes via l'internet, le fournisseur établit du même coup une restriction aux ventes passives dans le chef des distributeurs, ce qui est rigoureusement interdit, comme expliqué précédemment.

### B. Accords de distribution sélective

**32.** Le règlement n° 2790/1999 définit la distribution sélective comme «un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés» (art. 1<sup>er</sup>, d).

**33.** Les systèmes de distribution sélective ne relèvent pas de l'article 81, § 1<sup>er</sup>, du Traité dès lors que les conditions suivantes sont remplies : «premièrement, la nature du produit en cause doit requérir un système de distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit concerné afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage. Deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. Troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire»<sup>92</sup>. Par ailleurs, il faut que «le vendeur en cause vise à atteindre un résultat de nature à améliorer la concurrence et donc à contrebalancer la limitation de la concurrence inhérente aux systèmes de distribution sélective, notamment en matière de prix»<sup>93</sup>.

**34.** Peuvent dès lors faire l'objet d'un accord de distribution sélective des produits qui requièrent des conseils personnalisés du vendeur – en raison de leur haute technicité, par exemple (électroménager, appareils photographiques) – ou dont la vente ne se conçoit que dans un cadre déterminé, présentant certaines caractéristiques en termes de luxe, d'esthétique, ou de confort (horlogerie, bijoux ou encore parfumerie)<sup>94</sup>.

**35.** Signalons que le principe de libre concurrence étant la règle, un système ne peut exclure *a priori* certaines formes de distribution, et notamment les ventes par le biais de l'internet<sup>95</sup>. Par ailleurs, l'article 4, c) du règlement 2790/1999 prévoit que l'exemption ne s'applique pas à la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé»<sup>96</sup>.

<sup>89</sup> J.-P. TRIAILLE et M. TRONCOSO FERRER, *op. cit.*, p. 175.

<sup>90</sup> Y. DIETRICH et A. MENAIS, «Réseau de distribution et vente sur Internet», *Juriscom.net*, 2 juin 2000, n° 23.

<sup>91</sup> J.-P. TRIAILLE et M. TRONCOSO FERRER, *op. cit.*, p. 175.

<sup>92</sup> «Lignes directrices sur les restrictions verticales», précitées, § 185. Voy. aussi M. MENDELSON et S. ROSE, *Guide to EC Block Exemption for Vertical Agreements*, La Haye, Kluwer, 2002, pp. 128 et s.

<sup>93</sup> J.-P. TRIAILLE et M. TRONCOSO FERRER, *op. cit.*, p. 175. Voy. aussi C.J.C.E., aff. 31/80 du 11 décembre 1980, *l'Oréal, Rec.*, I, p. 3775.

<sup>94</sup> J.-P. TRIAILLE et M. TRONCOSO FERRER, *op. cit.*, p. 175. De telles exigences sont aussi instaurées au bénéfice du consommateur et leur protection justifie notamment que le processus soit réglementé.

<sup>95</sup> F. VANHAELLEN et T. VERBIEST, «Internet, concurrence et distribution sélective. Une coexistence parfois difficile...», *J.T.D.E.*, 2000, p. 165.

<sup>96</sup> Sur ce point, voy. «Les lignes directrices sur les restrictions verticales», précitées, §§ 53-54; C. COLLARD et C. ROQUILLY, «Closed Distribution Networks and E-Commerce : Antitrust

36. Le maître du réseau peut-il néanmoins s'opposer à la distribution de ses produits à travers un site internet, arguant que cette forme de vente ne permet pas de fournir des conseils personnalisés ou de proposer les produits dans un cadre spécifique ?

Dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales, la Commission a rappelé que «le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet à des fins de vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. [...] L'interdiction catégorique de vendre sur internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée. Quoi qu'il en soit, le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur internet»<sup>97</sup>. Il faut donc examiner chaque situation au cas par cas pour apprécier si l'interdiction est objectivement justifiée<sup>98</sup>.

37. Une affaire française mérite que l'on s'y attarde. En référé, le tribunal de commerce de Pontoise a ainsi estimé que, dans la mesure où le distributeur est contractuellement tenu de tout faire pour développer les ventes de ses produits, «ce moyen Internet immatériel s'ajoute aux modalités traditionnelles mises en place par Monsieur Alain B. dans son officine et conformes aux exigences de la société P.F. Demo-Cosmétiques relatives à la matérialité du lieu de vente»<sup>99</sup>. La distribution des produits cosmétiques est dès lors autorisée. La cour d'appel de Versailles infirma néanmoins cette ordonnance<sup>100</sup>. Diverses obligations étaient imposées au

distributeur, relatives aux caractéristiques du point de vente, dont l'objectif était de permettre un contact direct avec la clientèle, pour l'informer et la conseiller. Or, la cour relève que «la commercialisation sur internet ne permet pas d'obtenir les mêmes résultats; que les conseils ne peuvent être donnés immédiatement, mais nécessitent un délai de réponse; qu'ils ne peuvent être donnés que sur les indications du client, sans qu'il soit praticable de demander à ce dernier les précisions nécessaires pour apprécier ses besoins réels; que le contact avec le vendeur n'est pas personnel, mais passe par le truchement des images fixes d'un écran d'ordinateur; qu'en l'espèce, le site présente les produits par leurs marques et leurs descriptions, sans qu'apparaisse la moindre recherche esthétique; qu'aucune «vitrine virtuelle» n'est mise en place; que l'aspect visuel du produit et de son emballage n'apparaît pas». En conséquence, elle ordonne qu'il soit mis fin à la commercialisation des produits cosmétiques en question sur le site paraform-plus.com.

Les caractéristiques du réseau, telles qu'elles prévalaient à l'époque, nous conduisent à approuver une telle conclusion<sup>101</sup>. D'autant que la Cour ajoute fort pertinemment : «on peut imaginer que dans l'avenir, ce nouveau mode de distribution puisse s'intégrer dans un réseau de distribution sélective, avec des critères de qualité à définir».

38. Les outils multimédia inhérents au commerce électronique et les progrès technologiques ouvrent des perspectives très favorables, de sorte que la plupart des exigences contractuelles peuvent déjà, ou pourront dans un avenir proche, être satisfaites par le biais de l'internet<sup>102</sup>.

issues», *International Review of Law, Computers and Technology*, 2002, p. 84; M. MENDELSON et S. ROSE, *op. cit.*, pp. 131-1320; M. MARTINEZ-LOPEZ, «Distribution sélective et internet», *Competition Policy Newsletter*, 2001, n° 2, pp. 7-8. Ce dernier auteur précise que «l'application de l'article 4 c) est le corollaire implicite de deux prémices dans les lignes directrices : puisqu'en bout de ligne de l'internet se trouvent des utilisateurs finals et toute restriction des ventes, actives ou passives, à de tels acheteurs dans un système sélectif est visée par l'article 4 c), l'interdiction de iure ou de facto d'exploiter un site internet et, partant sans doute, les restrictions sensibles à son utilisation, équivalent à des restrictions à de telles ventes. Cette appréciation est faite sans préjudice, bien sûr, qu'une telle interdiction puisse aussi être appréhendée par la restriction visée à l'article 4 b) dans un système qui combine une exclusivité territoriale ou la nature sélective du réseau, dès lors que la mise sur internet d'un produit est, en tant que telle, assimilée à une vente passive».

<sup>97</sup> «Lignes directrices sur les restrictions verticales», précitées, §51.  
<sup>98</sup> F. VANHALEN et T. VERBIEST, *op. cit.*, p. 165.  
<sup>99</sup> Comm. Pontoise (réf.), 15 avril 1999, *Dalloz*, 1999, n° 44, p. 725, et la note C. MANARA, «Web et distribution sélective : réseau contre réseau».  
<sup>100</sup> Versailles, 2 décembre 1999, *JCP*, II, 10282, 29 mars 2000, pp. 590 et s., note M. VIVANT; dans le même sens, mais s'agissant cette fois d'un distributeur non agréé, voy. Comm. Nanterre (réf.), 4 octobre 2000, *SA Yves Saint Laurent Parfums, SA Parfums Van Cleef & Arpels c. SA Parfumsnet, Juriscom.net*.

<sup>101</sup> En ce sens, M. VIVANT, «Internet et distribution sélective. L'existence d'un réseau de distribution sélective s'oppose-t-elle à l'ouverture d'un site Internet de vente par l'un des distributeurs agréés?», note sous Versailles, 2 décembre 1999, *JCP*, II, 10282, 29 mars 2000, p. 593.  
<sup>102</sup> M. VIVANT, *op. cit.*, p. 593; C. MANARA, «Web et distribution sélective : réseau contre réseau», note sous Comm. Pontoise (réf.), 15 avril 1999, *Dalloz*, 1999, n° 44, p. 728; J.-P. TRIAILLE et M. TRONCOSO FERRER, *op. cit.*, p. 177; F. VANHALEN et T. VERBIEST, *op. cit.*, p. 167; Y. DIETRICH et A. MENAIS, «Réseau de distribution et vente sur Internet», *Juriscom.net*, 2 juin 2000, n° 13; C. COLLARD et C. ROQUILLY, «Closed Distribution Networks and E-Commerce : Antitrust issues», *International Review of Law, Computers and Technology*, 2002, p. 85; M. MARTINEZ-LOPEZ, «Distribution sélective et internet», *Competition Policy Newsletter*, 2001, n° 2, pp. 8 et s. Voy. aussi M. DEMOULIN et E. MONTERO, «La conclusion des contrats par voie électronique» in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 730 et s., n°s 48 et s.

Les possibilités techniques permettent en effet de fournir de nombreuses informations au travers du site, le cas échéant de manière interactive et personnalisée, en respectant des critères graphiques élémentaires (le site internet doit posséder certaines qualités esthétiques et être convivial). Le producteur peut aussi imposer les critères qualitatifs suivants : utilisation d'un nom de domaine particulier (celui de la marque par exemple), recours limité à certaines bannières publicitaires ou liens hypertextes (ne pas renvoyer vers des concurrents), espace réservé, sur le site, aux biens du producteur<sup>103</sup>. Les techniques de *marketing one-to-one*, répandues sur les réseaux, peuvent aussi être utilisées pour tâcher de cerner le consommateur au plus près et permettre ainsi un conseil personnalisé<sup>104</sup>. Dans ce cadre, il pourra recevoir des conseils *on line*, dans le cadre de forums, de *chats*, de systèmes de vidéoconférence, voire par e-mail (mais en imposant dans ce cas un temps limité pour la réponse). Le consommateur est dès lors l'un des principaux bénéficiaires de ce régime. On veillera néanmoins au respect de la législation en matière de protection des données à caractère personnel.

Cela étant, certains de ces critères, imposés contractuellement, pourraient poser problème dès lors qu'ils seraient hors de proportion avec ce qui est requis dans les réseaux de distribution *off line*. S'il faut admettre la mise en place d'un système de *chat* ou de visioconférence, on ne peut toutefois imposer au distributeur d'y répondre 24 heures sur 24 ou de réagir aux mails qui lui sont envoyés en quelques heures<sup>105</sup>. A l'inverse, on ne peut admettre que des critères moins stricts soient imposés aux distributeurs agissant dans le cadre de l'internet. De telles pratiques discriminatoires ne seront pas couvertes par le règlement d'exemption par catégorie<sup>106</sup>.

Il est donc plus que probable que, dans l'avenir, le maître du réseau ne puisse objectivement justifier une restriction à l'utilisation de l'internet. Son intérêt est donc d'organiser au mieux cet aspect de la distribution, avec la collaboration des distributeurs<sup>107</sup>. Dans ce cadre, il faut citer l'affaire Yves Saint Laurent<sup>108</sup>.

L'accord de distribution sélective fut exempté individuellement par la Commission par lettre de classement; il autorise les distributeurs agréés qui exploitaient antérieurement un point de vente physique à vendre leurs produits via l'internet mais impose des normes strictes de qualité pour l'utilisation du site internet. De telles normes de qualité ne pourront d'ailleurs que renforcer la confiance des consommateurs dans le commerce électronique.

39. Le régime de la distribution sélective est également gouverné par le principe d'étanchéité des réseaux. La Cour de justice a affirmé, dans l'arrêt *Metro*, que « tout système de commercialisation fondé sur une sélection des points de distribution implique nécessairement, à peine de n'avoir aucun sens, l'obligation, pour les grossistes faisant partie du réseau, de n'approvisionner que des revendeurs agréés et, partant, la possibilité pour le revendeur intéressé de contrôler l'observation de cette obligation »<sup>109</sup>.

40. Enfin, dans un système de distribution sélective, le promoteur du réseau ne peut se réserver le droit de vendre les biens par le biais de l'internet. Outre qu'en qualité de garant du réseau il se doit d'éviter de mettre à mal l'étanchéité de celui-ci, on voit mal comment il pourrait justifier objectivement le recours à cette technique de vente, dès lors qu'il l'interdit aux autres distributeurs<sup>110</sup>. On peut aussi estimer qu'elle constitue une violation du principe de coopération sous-jacent à tout contrat de concession commerciale<sup>111</sup>.

## CONCLUSION

41. Le commerce électronique est bel et bien soumis aux règles communautaires de la concurrence, interprétées le cas échéant à la lumière des caractéristiques des échanges réalisés à travers le réseau.

42. Pour apprécier la conformité des comportements aux régimes des ententes, des abus de position dominante et des concentrations, il est nécessaire de définir le marché pertinent. A cet égard, il est impossible de se prononcer en faveur ou contre l'existence d'un marché spécifique aux échanges via le réseau. Seule une

<sup>103</sup> Sur ce thème, C. COLLARD et C. ROQUILLY, «Closed Distribution Networks and E-Commerce : Antitrust issues», *International Review of Law, Computers and Technology*, 2002, p. 86.

<sup>104</sup> F. VANHALEN et T. VERBIEST, *op. cit.*, p. 167.

<sup>105</sup> C. COLLARD et C. ROQUILLY, «Closed Distribution Networks and E-Commerce : Antitrust issues», *International Review of Law, Computers and Technology*, 2002, p. 90.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>108</sup> Aff. COMP/F-1/36.533, *Yves Saint Laurent Parfums*, 16 mai 2001, communiqué de presse de la Commission, IP/01/713. Voy. aussi Commission européenne, XXXI<sup>e</sup> rapport sur la politique de la concurrence, 2001, p. 219.

<sup>109</sup> C.J.C.E., aff. 26/76 du 25 octobre 1977, *Rec.*, p. 1908, §27.

<sup>110</sup> Y. DIETRICH et A. MENAIS, «Réseau de distribution et vente sur Internet», *Juriscom.net*, 2 juin 2000, n<sup>os</sup> 34-35; J.-P. TRIAILLE et M. TRONCOSO FERRER, *op. cit.*, p. 175.

<sup>111</sup> F. VANHALEN et T. VERBIEST, *op. cit.*, p. 169.



appréciation au cas par cas, sur la base de la jurisprudence de la Cour de Justice et de la pratique de la Commission, permet de trancher la question.

**43.** On a vu apparaître, depuis quelques années, de nouveaux lieux d'échanges virtuels, les plates-formes de commerce électronique. Certaines d'entre elles furent notifiées à la Commission et sur la base des décisions rendues, quelques enseignements peuvent être tirés : on constate ainsi que les problèmes majeurs rencontrés dans ce contexte relèvent de la définition du marché en cause, de l'échange d'informations sensibles ou d'accords d'achats ou de commercialisation.

**44.** Avec l'internet, les produits mis en vente ou les services offerts sont susceptibles d'être acquis par toute personne disposant d'un accès au réseau, ce qui semble incompatible avec les règles en matière de distribution exclusive. Consciente du problème, la Commission a abordé la question dans ses récentes lignes directrices sur les restrictions verticales. Conformément à celles-ci, on peut désormais qualifier les transactions par le biais de l'internet de ventes actives ou passives et déterminer ainsi la validité des restrictions.

Par ailleurs, certains commerçants ont proposé sur le réseau des biens soumis en principe à des accords de distribution sélective. Dans ce cadre, il importait de s'interroger sur la possible satisfaction des critères par un site web et la conclusion est ici encore de ne pas condamner *a priori* la pratique et de voir au cas par cas si les conditions sont remplies, compte tenu des caractéristiques des outils multimédia et des progrès technologiques.

**45.** Au final, les règles en vigueur bénéficient aux entreprises mais également aux consommateurs : le droit de la concurrence et le droit de la consommation partagent des objectifs communs : «tous deux visent à apporter un certain nombre de correctifs au fonctionnement du marché, de telle sorte que le marché fonctionne mieux et au bénéfice des acteurs»<sup>112</sup>. Et si parfois les attentes des uns et des autres sont difficilement conciliables, pour la matière qui nous intéresse, on constate que les consommateurs pourront fréquemment tirer avantage des normes imposées aux entreprises.

<sup>112</sup> M. VAN HUFFEL, «Protection du consommateur et commerce électronique : quelques réflexions au départ du droit de la concurrence», *Ubiquité*, 2000/5, pp. 129-130.